

论  
子  
女  
最  
佳  
利  
益  
原  
则

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学号: X200408015

UDC\_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论子女最佳利益原则

The Principle of Best Interests of Children

刘 颖

刘  
颖

指  
导  
教  
师  
:  
何  
丽  
新  
副  
教  
授

指导教师姓名: 何丽新 副教授

专 业 名 称: 民 商 法

论文提交日期: 2007 年 5 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席:\_\_\_\_\_

评 阅 人:\_\_\_\_\_

厦  
门  
大  
学

2007 年 5 月

# 厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：

日期： 年 月 日

导师签名：

日期： 年 月 日

## 内 容 摘 要

子女最佳利益原则现已发展成为世界各国在处理涉及子女事务时的最高准则。本文立足于我国现实、比较各国关于子女最佳利益原则的立法状况后，主张我国婚姻家庭法也应摒弃“父母权利本位”的思想，引入以“子女权利本位”为核心的“子女最佳利益原则”，并从制度完善的层面提出对相关法律制度予以修改和完善的立法构想。除了前言和结论外，正文共分为四章。

前言部分概括指出子女最佳利益原则在世界各国普遍确立的国际大背景；并介绍本论文的研究目的、研究方法和主要内容安排。

第一章通过回顾亲子法的历史演进，剖析“家族本位的亲子法”、“亲本位的亲子法”和“子本位的亲子法”的内涵，探寻亲子法的发展趋势；并探讨子女最佳利益原则产生的历史背景、原因及其历史意义，从而得出确立“子女最佳利益原则”是符合历史发展趋势和必然性的这一结论。

第二章主要通过比较方法介绍英美法系和大陆法系国家关于子女最佳利益原则的内涵、适用标准等立法内容。

第三章分为四个部分：第一部分主要探讨亲子法中的最基本问题——亲子关系的分类及其确定问题；第二部分主要探讨未成年人在家庭中所享有的权利；第三部分主要探讨在离婚程序环节中如何实现“子女的最佳利益”；第四部分侧重于探讨离婚后的监护、抚养及探视权问题。通过全面介绍世界各国关于上述四个方面的立法内容，为我国完善体现“子女最佳利益”的婚姻法体系和制度提供可供参考的立法模式。

第四章立足我国亲子状况的现实并分析其成因，同时主张在我国婚姻家庭法中明确规定“子女最佳利益原则”，就修改完善我国的婚姻家庭法律制度使其符合“子女最佳利益原则”提出具体的立法建议。

结论部分对本文总体思路加以回顾。

**关键词：**亲子关系；子女本位；子女最佳利益

## ABSTRACT

The principle of best interests of children has already developed into the sole criterion for the various countries when dealing with affairs involving children. Based on China's realities, the author holds that we should reject the idea of standard of right of parents in China's marriage and family law, introduces the principle of best interests of children by comparing the current situations of legislation in different countries, and put forward some suggestions on perfecting China's legislation. There are four chapters in this article besides the preface and conclusion.

In the preface, the author summarized the background throughout the world for the principle of best interests of children and tells us the aim, approaches and main contents of her study.

In the first Chapter, the author probes into the developing trend of the law of filius sanguis by reviewing its historical evolution and analyzing the connotations of the law of filius sanguis with standard of right of family, with parents standard and with children standard. Meanwhile, she established the conclusion that the principle of best interests of children is in line with the tendency of historical development and is inevitable, by discussing the historical background, causes and the significances of the principle.

In the second Chapter, the author compares the connotations, standards for application and contents of legislation in countries with Anglo-American law system and with civil law system.

In the third Chapter, she mainly discusses the most fundamental issues in the law of filius sanguis, that is, the classification and establishment of parentage, the rights enjoyed by minors at home, how to realize the best interests of children in the course of divorce, the problems about guardianship, support and visitation right after divorce. Therefore, we can get some legislation mode to learn from to perfect the legal system in marriage.

In the forth Chapter, based on the realities in China and the causes, the author suggests that the principle of best interests of children should be clearly stated in China's marriage and family law. At the same time, she gives us some opinions on

perfecting China's system of marriage and family to conform to the principle.

In the conclusion, she reviews the general thought of this article.

**Key words:** parentage, standard of right of children, the best interests of children

厦门大学博硕士论文摘要库

## 目 录

引 言 .....	1
第一章 子女最佳利益原则的历史渊源 .....	2
第一节 亲子关系中利益主体变迁的三次历史飞跃 .....	2
一、以“家族利益”为立法本位的亲子关系 .....	2
二、“亲本位”的亲子关系 .....	4
三、“子本位”的亲子关系 .....	5
第二节 子女最佳利益原则的源起 .....	7
一、创设子女最佳利益原则的历史背景 .....	7
二、子女最佳利益原则的产生和普遍适用是一系列社会因素共同作 用的结果 .....	8
三、确立子女最佳利益原则的历史意义 .....	9
第二章 子女最佳利益原则的内涵 .....	11
第一节 子女最佳利益原则的内涵 .....	11
第二节 两大法系关于子女最佳利益原则的立法 .....	11
一、英美法系国家的有关“子女最佳利益原则”的立法 .....	11
二、大陆法系国家和地区的有关“子女最佳利益原则”的立法 .....	14
第三章 以子女最佳利益原则为指导所构建的亲子法 .....	17
第一节 亲子关系的分类及确定 .....	17
一、亲子关系的种类 .....	17
二、婚生子女的推定和否认制度 .....	19
三、非婚生子女的准正和认领 .....	22
第二节 未成年子女在家庭中的权利 .....	24
一、概述 .....	24
二、未成年子女在家庭中享有权利的具体内容 .....	25
第三节 离婚程序中的“子女最大利益” .....	32

<b>第四节 离婚后的亲子关系</b>	35
一、离婚后未成年子女的监护问题	35
二、离婚后父母对于未成年子女的抚养义务	42
三、探望权	44
<b>第四章 子女最佳利益原则在我国亲子法领域的移植</b>	46
<b>第一节 “子女最佳利益原则”在中国</b>	46
一、我国亲子关系的现状	46
二、成因分析——现行法对“子女最佳利益原则”的缺失	48
<b>第二节 引入“子女最佳利益原则”并付诸实践</b>	50
一、确立“子女最佳利益原则”	50
二、依据“子女最佳利益原则”完善我国亲子法	51
<b>结 论</b>	63
<b>参考文献</b>	64



# CONTENTS

<b>Preface</b>	1
<b>Chapter 1 Sources of the principle of best interests of children</b>	2
<b>Subchapter 1 Three times of change in interest subjects of parentage</b>	2
Section 1 Parentage based on family's interests	2
Section 2 Parentage based on parents standard	4
Section 3 Parentage based on children standard	5
<b>Subchapter 2 Origins of the principle of best interests of children</b>	7
Section 1 Historical background of the establishment of the principle	7
Section 2 Appearance and general application of the principle being the consequence of the effects of social factors	8
Section 3 Historical significance of the principle	9
<b>Chapter 2 Connotations of the principle</b>	11
<b>Subchapter 1 Connotations of the principle</b>	11
<b>Subchapter 2 Legislations on the principle in two law systems</b>	11
Section 1 In countries of Anglo-American law system	11
Section 2 In countries of civil law system	14
<b>Chapter 3 Law of filius sanguis with guide of the principle</b>	17
<b>Subchapter 1 Classification and establishment of parentage</b>	17
Section 1 Classification of parentage	17
Section 2 System of presumption and denial of mulier	19
Section 3 Legitimation and acknowledgement of illegitimate children	22
<b>Subchapter 2 Minors' rights at home</b>	24
Section 1 Outline	24
Section 2 Detailed contents of the minors' rights	25
<b>Subchapter 3 The best interests of children in the course of divorce</b>	32
<b>Subchapter 4 Parentage after divorce</b>	35
Section 1 Problems of minors' guardianship after divorce	35
Section 2 Parent's support liability for children after divorce	42
Section 3 Visitation right	44

<b>Chapter 4</b>	<b>Application of the principle in China</b>	46
<b>Subchapter 1</b>	<b>Application of the principle in China</b>	46
Section 1	Current situation of the principle in China	46
Section 2	Analysis on causes---absence of the principle in current law	48
<b>Subchapter 2</b>	<b>Adopting and applying the principle</b>	50
Section 1	Establishment of the principle	50
Section 2	Perfecting China's law of filius sanguis with the principle	51
<b>Conclusion</b>		63
<b>Bibliography</b>		64

## 引 言

20 世纪尤其是 90 年代至今，在世界人权运动的影响下，以“儿童优先”为主旨，关于未成年人的地位、权利、发展和保护，从家庭到社会、从学校到国家，进而迅速登上国际舞台，推展出一系列重大举措和整体行动，昭示出未成年人人权保护的国家化、全球化态势。其中，“儿童最佳利益原则”就是近些年来国际人权公约和相关国家立法确立的一项旨在增进儿童保护的首要原则。这一原则在联合国《儿童权利公约》第 3 条第 1 款中得到典型的反映，明确规定：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑”。而“子女最佳利益原则”的确立，恰恰正是“儿童最佳利益原则”在亲子法领域的具体体现。

纵观世界各国亲子法，虽然在对子女最佳利益的保护方面发展程度各不相同，但将子女最佳利益原则作为处理涉及子女事务的首要原则和出发点的做法是得到一致肯定的。虽然目前我国法学界给予子女最佳利益原则的关注还不够充分，体现“子女最佳利益原则”的亲子法体系和制度仍存在缺失，但随着社会结构的变迁以及人们价值观的转变，“子女最佳利益原则”必将在我国得到更多的重视和关注，其现实可行性也将得到进一步的验证。因此，本文立足于“儿童优先”这一全球性时代潮流，紧扣中国未成年子女权利的法律保护这一实践主题，切入中国民法法典化这一必然动态，以“子女最佳利益原则”为题，运用比较研究方法，参考外国立法、学说及判例，阐释了子女最佳利益原则的源起，探讨子女最佳利益的内涵和判断标准，全面介绍各国亲子法领域中彰显“子女最佳利益原则”的法律制度，以期为我国亲子法确立“子女最佳利益原则”以及以该原则为基础的法律体系和具体制度的完善探寻出一条可行之路。

## 第一章 子女最佳利益原则的历史渊源

### 第一节 亲子关系中利益主体变迁的三次历史飞跃

亲子关系，是基于父母子女的身份而衍生出来的权利义务关系，可分为自然血亲的亲子关系和拟制血亲的亲子关系，是家庭关系的核心内容。围绕和调整亲子关系的法律则称为亲子法，主要内容涉及的是父母子女的法律地位以及相互之间的权利义务内容。

回顾世界各国的历史，不难发现，亲子关系以及调整亲子关系的法律无一例外的受到当时所处社会的政治、经济、道德、文化、宗教以及风俗习惯等因素的影响，每一次关于亲子关系立法本位的变迁都表现出了鲜明的地域性和强烈的历史阶段性。归纳一下，亲子关系中立法本位的变迁经历了三次“质”的飞跃。

#### 一、以“家族利益”为立法本位的亲子关系

以“家族利益”为立法本位的亲子关系的典型代表就是由罗马法所确立的人法。罗马法是古代奴隶制社会最发达、最完备的法律体系，因此，由罗马法所确立的古罗马时期的亲子关系是具有典型代表意义的。

以“家族利益”为立法本位的亲子关系，即“亲子关系以家族为本位，父母子女关系完全从属于家族制度，其特征为父系、父权、父治”。<sup>①</sup>这里所谓的家族，特指古代罗马所称的“家”(domus, familia)，是指家长权(patria potestas)之下的一切人和物。<sup>②</sup>古罗马的社会结构可以分为国和家两级：国由众多的家组成，个人被蒙蔽在家中，“国”对个人的治理很大程度上通过“家”进行。这样的“家”与我们现代民法上被理解为人生产单位有时是物质资料生产单位的“家”不同，它除了具有现代家庭的属性外，还具有治理单位的属性<sup>③</sup>。而罗马的整个家庭体系中，其权利核心就是所谓的家长权。

罗马法中规定的有关家长权的内容十分广泛，主要涉及人身、财产和行为三

① 王丽萍. 亲子法研究[M]. 北京：法律出版社，2004.1.

② 周枬. 罗马法原论（上册）[M]. 北京：商务印书馆，1996.129.

③ 徐国栋. 人身关系流变考[J]. 法学，2002，(6)：49.

个方面，以下侧重在父母子女关系这一问题上对这三方面进行阐述：

### （一）关于亲属人身方面

古罗马的家庭机构中，家长被认为是唯一权利义务主体（*caput*，罗马法上关于人的概念，表示法律上的人格，原意是指头颅或书籍的一章）。正如罗马皇帝是古罗马的象征一般，家长就是这一家族中的“皇帝”和精神象征，其对内的权利（在古罗马的早期应是“权力”而非“权利”）是法定的、不受任何约束的。最为突出地表现在家长对于子女及其他亲属的生杀予夺的权力（*potestas vitae mortis*），家长是一家当然的“法官”，为维持家庭的内部秩序，家长可以审判家族成员，可以对家属进行体罚，把他们买到外国为奴，或者逐出家门，甚至杀戮。例如公元前449年罗马《十二铜表法》（*Lex duodecim tabularum*）第四表“家长权”中规定：“对奇形怪状的婴儿，应即杀之”；“家属终身在家长权的支配下。家长得监禁之、殴打之、使作苦役，甚至出卖之或杀死之；纵使子孙担任了国家高级公职的亦同。”此外，家长对于子女身份的承认和否认、子女的婚姻也具有当然的、绝对的权利。

### （二）关于家属财产方面

罗马早期，经济不发达，家庭成员共同劳动，劳动所得的一切财产均属于家长，子女及其他家属是没有私产的。后来，随着子女及家属在家庭作坊、家族事业中所起的作用日益显现，子女及家属的法律地位也随之提高和受重视，才有家属拥有了特有产。直到尤帝一世时，“家属所得财物全部归家长”这一古老原则依然在用益特有产和外来特有产制度残留有痕迹。

### （三）关于家属行为方面

罗马早期，家属是没有行为能力以及诉讼能力的，家属与第三人订立的契约除非对于家长是纯受益的，否则此契约对于家长来说是没有法律效力的。之后在商业有所发达以及交易逐渐频繁的经济大背景下，家属可以拥有自己的特有产的同时，也取得了一部分的行为能力和诉讼能力，但依然会受到家长权的限制。

总之，罗马私法就是家族的私法、家长的私法、家长权的私法，家族利益的代表是家长，而家长又是通过家长权的运用来实现或保障家族之利益。在罗马的这种家庭结构中，不论家长权具有的是罗马早期的特权或是权力的本质，还是后期的权利义务关系，都深深刻下了家族利益本位的烙印，在家族利益和子女及亲属利益的博弈中，家族利益是占据了绝对的优势，只是在家族利益许可和可容忍

的限度内给予子女及亲属利益少许喘息的空间，二者是绝对不可能实现一种均衡或相互制约的状态。当然，在罗马这种以“家族利益”为立法本位的亲子法中，发展至后期也隐隐约约透露出保护子女利益的端倪，防止家长权力滥用、设置保护未成年人的保佐和监护制度、承认胎儿利益等均能这一表明现象。

## 二、“亲本位”的亲子关系

资产阶级革命以后，原来在家长绝对权支配之下的家族各员，实际上及法理上，逐渐获得分家及分产的自由，原则上转变为父为一家之长，而家长权逐变为父权。<sup>①</sup>后在男女平等原则及女权运动的推动下，父权又逐渐转变为父母双方对子女共享的亲权。在这种亲权关系中着重强调的是父母对于子女的权利而非义务，因此可以把这种亲子关系成称为“亲本位”的亲子关系。

“亲本位”的亲子关系的典型代表是1900年《德国民法典》和1804年《法国民法典》中关于父母子女关系的相关规定，主要有以下三个方面的表现：

保留了父权制度，具有家长主义的特点。这是1804年《法国民法典》和1900年《德国民法典》中亲子法的最主要的特征。一方面，亲权主要由父亲行使和掌握，《法国民法典》第373条规定，子女的法定亲权人只是未成年子女的父亲，父母婚姻关系存续中，亲权由父亲单独行使；第286条规定，离婚时，关于未成年子女的亲权和监护权也归父亲，母亲没有亲权；《德国民法典》第1631条规定，父依其教育子女的权利得对子女施以相当的惩戒。另一方面，父亲拥有的亲权内容十分广泛，《法国民法典》第372条规定，子女在成年或亲权解除前，均处于父母权力之下；第374、375、382条规定，子女人身、财产均由亲权人控制、支配，亲权人有权管理未成年子女的财产，对其子女财产享有用益权。此外，《法国民法典》还规定，父亲有权请求将未成年的或解除亲权前的子女加以拘留的期间和程序，而且依父亲请求而发出的拘留令，无须记明理由。这些法律规定都表明了当时的亲子法仍然带有强烈的支配权、管束权的特点。

亲权逐渐从父亲单独享有转变为父母双方共同享有，但母亲亲权的行使受到较大的限制。随着经济的发展和社会的进步，西方妇女和子女的地位虽然较之以往有了较大的提高，但当时立法受到男尊女卑和父权夫权至上旧观念的影响和制

<sup>①</sup> 史尚宽.亲属法论[M].台湾：台湾荣泰印书馆，1980.476.

约的情况并未得到彻底的改变,因此,母亲虽然和父亲共同都享有对子女的亲权,但其只有在父亲无法行使亲权时才得以享有。《德国民法典》第 1626 条规定,子女在未成年期间受亲权的监督;第 1685 条规定,父事实上不能行使亲权或亲权停止者,母于婚姻关系存续中,除用益权外,行使亲权;如婚姻已经解除者,监护法院于父的亲权已经停止,且停止原因没有消除希望的情况下,母取得对子女财产的用益权;第 1305 条规定,婚生子女未满 21 岁前结婚,应得父亲的同意,如父死亡,应得母的同意,非婚生子女于同一年龄前结婚,应得母的同意。

致力于实现权利义务的均衡。所谓权利义务的均衡,就是权利的享有和义务的承担大致是成比例的,享有的权利多自然所负担的义务也就相应加重。1900 年《德国民法典》的立法则倾向于实现权利义务的均衡,逐渐想要摆脱中世纪以来法律权利义务失衡的状况,尤其是在规定父权夫权时,例如第 1627 条规定,父依其亲权有保护子女的身体及管理其财产的权利义务,这一规定就改变了以往定义亲权仅为单纯的权力的传统观念,同时也强调对子女的义务也应为亲权之内容。再如第 1389 条规定,夫负担婚姻生活的费用;第 1385 条规定,夫于其用益和管理权的存续期间,对妻有负担下列各款费用的义务:……等等。

### 三、“子本位”的亲子关系

近代以后的亲子法注重于子女的保护及教养,亲之权力只有为保护及教养子女之义务的履行而认许,有再转为“子本位亲子法”的趋势。<sup>①</sup>基于“子本位亲子法”所形成的亲子关系被称为“子女本位”的亲子关系,它强调父母对于子女的抚养、教育、照顾的义务,而非父母对子女管教的权力,从本质上把父母的权利变成以权利为名的义务,成为“义务权”。而这种义务权的核心则是子女的最大利益。

从世界各国民法典的修订中可以看出,从“亲本位”的亲子法向以子女最大利益、子女利益优先为原则的“子本位”的亲子法转变并非一蹴而就,以《德国民法典》和《法国民法典》的修订为例,期间经历了立法精神、内容的多次变迁,历时一百多年,并仍在继续完善之中,但子女最佳利益原则已经成为世界各国在亲子法领域立法公认的指导原则。这种立法本位的转变主要表现为三个方面:

第一,立法精神和原则的转变。“家庭本位”的亲子法强调“家庭的整体利益”,

<sup>①</sup> 史尚宽.亲属法论[M].台湾:台湾荣泰印书馆,1980.476.

“亲本位”的亲子法强调“父母双方尤其是父亲的利益”，而“子本位”的亲子法所强调的是“子女利益”，而且是“子女的最佳利益”。从保护子女最佳利益出发所制定的法律条文中充分体现了父母对于子女的安全、健康和道德品性的保护，很难见到纯粹为父母利益所作出的规定。有的国家还直接或间接规定了尊重子女利益、听取子女意见的法律条文，例如《法国民法典》中第 345 条规定，如被收养人的年龄已过 13 岁，完全收养应当征得本人得同意。

第二，从亲权到父母照顾权——法律术语的转变。《德国民法典》第 1627 条规定，父母以自己的责任和相互之间的协商一致为子女的幸福而行使父母照顾权，在发生分歧时，他们必须尝试求得一致。在此，“父母对于子女的关怀照顾”（die *letemliche Sorge*）代替了“父母对于子女的强权支配”（die *eltermliche Gewalt*）。*letemliche Gewalt* 一词含有控制、支配、权力的意义，而 *letemliche Sorge* 一词则含有保护、关怀、照顾的意义，从而使原来的父母对于子女的控制、支配、权力关系的“亲权”转变为父母对于子女的照顾保护、关怀关系的“父母照顾权”。这一制度术语的变化同样反映出现代民法典立法精神和原则的转变。

第三，内容体系的变化。不论被成为“亲权”还是“父母照顾权”，其内容体系涉及的范围都较之以往更为广泛和系统，主要包括父母对于子女人身上和财产上的权利和义务两个方面，其内容涉及父母对于未成年子女的人身安全、健康、道德品性的保护和监督，对于子女的管教、生活照顾，对于子女的财产事务的管理权、财产用益权、法定代理权。但这些内容从本质上来看应认为是父母对于的义务、责任，是一种“义务权”。

综观亲子关系的沿革史，大致可以看出其经历了古代的“家族本位的亲子法”、近代的“亲本位的亲子法”、现代的“子女本位的亲子法”的发展进程。而现今世界各国逐渐将亲子法的重点转移到子女利益上来，强调父母对于未成年子女的利益的保护，这一发展趋势和《联合国儿童权利公约》中所规定的儿童最大利益原则（*best interests of the child*）是相一致的。这种以重视子女子女利益，强调对子女权利的保护和对子女的教育，强调父母的义务和责任的立法，才是真正的“子女本位的亲子法”。我国将来的亲子立法或是在编纂民法典·亲属篇中，亲子法的基本观念、基本目的和基本任务均应以子女最佳利益原则为核心，重视对于未成年子女的保护和教育，强调父母的义务和责任，即在立法中凸现“子女本



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库